



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

3 StR 428/03

vom

22. April 2004

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen besonders schwerer Brandstiftung u. a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 22. April 2004, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof

Winkler

als Vorsitzender,

die Richter am Bundesgerichtshof

Pfister,

von Lienen,

Becker,

Hubert

als beisitzende Richter,

Staatsanwalt

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger des Angeklagten Jürgen H. ,

Rechtsanwalt

als Verteidiger der Angeklagten Heike H. ,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

I. 1. Auf die Revision des Angeklagten Jürgen H. wird das Urteil des Landgerichts Itzehoe vom 11. Juni 2003, soweit es ihn betrifft, aufgehoben

a) im Schuldspruch, soweit der Angeklagte wegen besonders schwerer Brandstiftung verurteilt worden ist; jedoch bleiben die insoweit getroffenen Feststellungen - ausgenommen zur Frage des Einverständnisses der Mitbewohner in die Inbrandsetzung - aufrechterhalten,

b) im gesamten Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen.

Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

2. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das vorbezeichnete Urteil, soweit es den Angeklagten Jürgen H. betrifft, im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

II. Die Revision der Angeklagten Heike H. gegen das vorbezeichnete Urteil wird verworfen.

Die Beschwerdeführerin hat die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten Jürgen H. wegen besonders schwerer Brandstiftung in Tateinheit mit zwei Fällen des Betruges zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten und die Angeklagte Heike H. wegen Betruges in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten auf Bewährung verurteilt. Der Angeklagte Jürgen H. rügt die Verletzung der Vorschriften über das Verfahren beim Ausschluß der Öffentlichkeit. Mit der Sachrüge wendet er sich insbesondere gegen die Verurteilung wegen Brandstiftung; insoweit hat sein Rechtsmittel Erfolg. Die Angeklagte Heike H. erhebt die gleiche Verfahrensrüge und die allgemeine Sachrüge; ihre Revision ist unbegründet. Die Staatsanwaltschaft hat ihr Rechtsmittel auf den Strafausspruch gegen den Angeklagten Jürgen H. beschränkt und beanstandet insbesondere die Verhängung einer unter dem gesetzlichen Strafrahmen des § 306 b Abs. 2 StGB liegenden Freiheitsstrafe; die Revision hat Erfolg.

Nach den Feststellungen hatte der Angeklagte Jürgen H. den Entschluß gefaßt, ein ursprünglich in seinem Eigentum stehendes und später im Zusammenhang mit einem Konkurs auf seine Ehefrau, die Mitangeklagte Heike H., übertragenes Mehrfamilienhaus mit insgesamt drei Wohnungen in Brand zu setzen, um die Versicherungssummen einer Feuer- und einer Hausratversicherung zu erlangen. Das Mehrfamilienhaus wurde von beiden Angeklagten mit ihrer Tochter, der Familie des Bruders des Angeklagten sowie einer Studentin bewohnt. Der Angeklagte unterrichtete seine Ehefrau von seinem Vorhaben und ermöglichte ihr, diverse Habe in Sicherheit zu bringen. Darüber hinaus vergewisserte er sich, daß auch die anderen Hausbewohner in der Tatnacht nicht im Hause sein würden. Ob er dazu die vorgenannten Personen von der geplanten Brandlegung unterrichtete und diese somit ebenfalls Gelegenheit hatten, wertvolle Gegenstände wegzuschaffen, hat das Landgericht nicht mit Sicherheit feststellen können. Der Angeklagte setzte sodann das Mehrfamilienhaus in Brand und beantragte mit seiner Ehefrau Versicherungsleistungen. Der Brandversicherer leistete insgesamt rd. 295.000 DM; dagegen zahlte der Hausratversicherer lediglich einen Vorschuß von 10.000 DM und lehnte weitere Zahlungen auf die geltend gemachte Summe von rd. 163.000 DM ab.

I. Verurteilung des Angeklagten Jürgen H. :

1. Revision des Angeklagten:

a) Verfahrensrüge:

Die auf § 338 Nr. 6 StPO gestützte Rüge, die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens seien verletzt, weil das Landgericht die Öffentlichkeit bei der Vernehmung der Zeugin S. mit unzureichender Begründung ausgeschlossen habe, hat keinen Erfolg. Ausweislich des Sitzungsprotokolls hatte der die Zeugin begleitende Rechtsanwalt für die Beantwortung einer Frage beantragt, die Öffentlichkeit auszuschließen. Die Strafkammer faßte daraufhin folgenden Beschluß: "Die Öffentlichkeit wird gemäß § 171 b Abs. 1 und 2 GVG ausgeschlossen". Zwar ist der Revision zuzugeben, daß dieser Beschluß der Begründungspflicht nach § 174 Abs. 1 Satz 3 GVG nicht genügt, da weder der konkrete Ausschließungsgrund, noch der Vernehmungskomplex, für den der Ausschluß erfolgen soll, hinreichend bezeichnet ist. Dies führt hier jedoch nicht zur Aufhebung, weil beides im Zusammenhang mit dem sich aus dem Protokoll ergebenden Antrag des Zeugenbevollmächtigten und der angegebenen Gesetzesvorschrift für alle Verfahrensbeteiligten sowie die im Gerichtssaal anwesenden Zuhörer auf der Hand lag, zumal der Ausschluß in den Fällen des § 171 b Abs. 2 GVG nicht im Ermessen des Gerichts steht, sondern zwingend anzuordnen ist. Denn nicht jede formale Verletzung der Begründungsvorschriften stellt einen absoluten Revisionsgrund dar (vgl. BGHSt 45, 117, 120, 121 und den dort zitierten Beschluß des Senats vom 12. November 1998 - 3 ARs 13/98; ferner BGH, Beschl. vom 26. Juli 2001 - 3 StR 239/01).

b) Sachrüge:

Soweit das Landgericht den Angeklagten wegen besonders schwerer Brandstiftung nach § 306 b Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB verurteilt hat, ist nur unzureichend geprüft, ob das Gebäude im Tatzeitpunkt noch

der Wohnung von Menschen diene. Bei der rechtlichen Würdigung hat es hierzu lediglich ausgeführt, in dem Mehrfamilienhaus hätten der Angeklagte und seine Ehefrau gewohnt. Die Strafkammer hat dabei ersichtlich nicht bedacht, daß eine Zweckbestimmung als Wohnraum dann nicht mehr vorliegt, wenn sie durch die Bewohner aufgegeben worden ist (st. Rspr.; vgl. BGHSt 16, 394, 395; 26, 121, 122; BGH NJW 1988, 1276). Dies liegt für die Person des Angeklagten Jürgen H. selbst auf der Hand und für seine Ehefrau zumindest nahe, da sie über das Vorhaben informiert war, wertvolle Habe entfernte und das Gebäude zur geplanten Tatzeit mit der gemeinsamen Tochter verließ. Denn die Aufgabe als Wohnung bedarf keines formalen Aktes und kann auch in einem Einverständnis mit der Brandlegung enthalten sein (vgl. BGH NStZ 1992, 541; 1994, 130). Auch bei den übrigen Bewohnern erscheint es nach Sachlage nicht ausgeschlossen, daß sie ihr Einverständnis zur Brandlegung erklärt und damit den Wohnzweck des Hauses aufgegeben hatten. Daß das Landgericht nicht mit Sicherheit hat feststellen können, daß sie unterrichtet waren und ebenfalls Gelegenheit hatten, wertvolle Gegenstände wegzubringen, läßt dies wenigstens für möglich erscheinen.

Dieser Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Schuldspruchs nur wegen besonders schwerer Brandstiftung, während er wegen der beiden abgeurteilten Fälle des Betrugs bestehen bleiben kann. Dieser Teilaufhebung steht nicht entgegen, daß das Landgericht Tateinheit zwischen Brandstiftung und Betrug angenommen hat, denn dies war fehlerhaft. Allein der Umstand, daß die zunächst vorgenommene Brandlegung die Voraussetzungen für den später zu begehenden Betrug gegenüber den Versicherungsunternehmen schaffen soll, genügt nicht für die Annahme von Tateinheit (st. Rspr.; vgl. BGHSt 11, 398, 399; 45, 211, 213). Da somit bei zutreffender rechtlicher Wertung Tatmehrheit

zwischen der Brandstiftung und den beiden Betrugsfällen gegeben ist, kann die Teilaufhebung allein auf das Brandstiftungsgeschehen beschränkt werden und der Schuldspruch wegen der gesonderten Taten des Betrugs bestehen bleiben (vgl. Kuckein in KK 5. Aufl. § 353 Rdn. 12 aE).

Da das Landgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Einzelstrafen wegen Betrugs gebildet hat, muß der Strafausspruch insgesamt aufgehoben werden. Die getroffenen Feststellungen zum Brandgeschehen, mit Ausnahme derjenigen zum Einverständnis der übrigen Bewohner, sind jedoch von diesem Rechtsfehler nicht betroffen und können aufrechterhalten werden. Der neue Tatrichter wird insoweit zu prüfen haben, ob alle Bewohner ihr Einverständnis zur Brandlegung gegeben und damit den Wohnzweck aufgegeben hatten. Das unfreiwillige Verlassen des Gebäudes, gegebenenfalls unter Mitnahme von Habe, wird dazu nicht ausreichen (aA wohl Heine in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 306 a Rdn. 5).

## 2. Revision der Staatsanwaltschaft:

Die Staatsanwaltschaft beanstandet zu Recht, daß die Strafkammer zwar die Voraussetzungen eines Verbrechens der besonders schweren Brandstiftung nach § 306 b Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB bejaht, aber gleichwohl die gesetzliche Mindeststrafe des § 306 b Abs. 2 StGB von fünf Jahren Freiheitsstrafe unterschritten und lediglich eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verhängt hat.

Gemäß Art. 97 Abs. 1 GG sind die Richter dem Gesetz unterworfen. Es steht daher nicht in ihrem Belieben, von den gesetzlich vorgesehenen Straf-

rahmen abzuweichen, wenn das Gesetz hierfür keine Möglichkeit bietet. Eine solche lag hier nicht vor. Im übrigen ist die von der Strafkammer für ihre abweichende Entscheidung gegebene Begründung - über ihre grundsätzliche Gesetzeswidrigkeit hinaus - nicht tragfähig. Insbesondere der Umstand, daß die Strafkammer in Vorgesprächen eine Freiheitsstrafe zwischen drei und vier Jahren "signalisiert" hatte, rechtfertigt nicht das Abweichen von der Verhängung einer gesetzlich vorgesehenen oder sonst schuldangemessenen Strafe. Sollte sich die erste Einschätzung als unzutreffend oder wie hier als rechtlich nicht haltbar erweisen, so kann es zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung geboten sein, auf die nunmehr veränderte Beurteilung hinzuweisen und so dem Angeklagten Gelegenheit zu geben, seine Verteidigung entsprechend darauf einzurichten.

Auch eine der sogenannten Rechtsfolgenlösung des Großen Senats für Strafsachen zur Verhängung der absoluten lebenslangen Strafe in besonders gelagerten Fällen des Heimtückemordes (BGHSt 30, 105 ff.) entsprechende Konstellation lag nicht vor. Daß der Strafrahmen des § 306 b Abs. 2 StGB in einem Fall wie hier in verfassungswidriger Weise den Grundsatz schuldangemessenen Strafens verletzen würde, nimmt die Strafkammer ersichtlich nicht an.

II. Verurteilung der Angeklagten Heike H. :

Die von der Angeklagten ebenfalls erhobene Öffentlichkeitsrüge bleibt aus den unter Abschnitt I. 1. a) genannten Gründen ohne Erfolg. Im übrigen hat die Nachprüfung des Urteils auf Grund der allgemeinen Sachrüge keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben.

Winkler

Pfister

von Lienen

Becker

Hubert